

VU Research Portal

Informatievergaring en deskundigenonderzoek

de Groot, G.

published in

Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

de Groot, G. (2007). Informatievergaring en deskundigenonderzoek. *Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging*, 2007(2), 36-44.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Informatievergaring en deskundigenonderzoek

Mevrouw mr. drs. G. de Groot

Inleiding

In het Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht wordt opgemerkt dat er aanleiding is een nieuwe regeling in te voeren waarmee een partij of een derde¹ op verzoek en onder rechterlijk toezicht kan worden gedwongen tot 'disclosure of documents'.² Hieronder verstaan Asser, Groen en Vranken dat een partij of een derde verplicht is mee te delen bepaalde stukken die 'disclosable' zijn te bezitten, wat als gevolg heeft dat de partij ten opzichte van wie disclosure plaatsvindt het recht heeft de betrokken documenten in te zien. De regelingen van art. 843a en 22 Rv achten zij te beperkt. Onder andere uit de medewerkingsplicht van partijen, één van hun uitgangspunten voor de normering van processueel handelen, vloeit volgens hen voort dat partijen informatieplichten jegens elkaar hebben die verder gaan dan het onderbouwen en bewijzen van de eigen stellingen. Op deze aanbeveling zijn wisselende reacties gevolgd.³ Intussen wordt de verplichting tot medewerking van partijen en derden aan 'disclosure' in het intellectuele eigendomsrecht uitgebreid onder invloed van EG Richtlijn 2004/48EG betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten.⁴ Of de ruime mogelijkheden tot informatievergaring tijdens een enquête (art. 2: 344 e.v. BW) navolging verdienen in het civiele procesrecht, was in 2005 voorwerp van debat in de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht.⁵ De minister van Justitie neemt in de kabinetsreactie op het Eindrapport aan dat de praktijk de huidige informatiemogelijkheden te beperkt acht, maar meent dat nadere gedachtevorming nodig is om een balans te zoeken in de reikwijdte van de medewerkingsverplichting van een partij of derde bij informatievergaring enerzijds en de kosten en het efficiënte verloop van een procedure anderzijds. De minister is ingegaan op het aanbod van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht om zich nader met het onderwerp bezig te houden.⁶ De Adviescommissie burgerlijk procesrecht oriënteert zich in een inventariserende fase onder andere op de huidige mogelijkheden van een partij om in het kader van een privaatrechtelijk geschil informatie te vergaren bij de wederpartij en derden met behulp van (voorlopige) bewijsmaatregelen. Naast het getuigenbewijs en de inzage van stukken worden hierin ook andere bewijsmaatregelen betrokken, zoals het deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter (art. 194-199 en 202-207 Rv).⁷ In dit verband is onder andere de vraag gerezen wat in het (voorlopig) deskundigenonderzoek de reikwijdte is van het recht van partijen om aanwezig te zijn bij een deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter en van het recht om stukken⁸ in te zien die in het onderzoek worden betrokken. Hierover gaat deze bijdrage.⁹

Plan van behandeling

In de uitwerking van beide kwesties, het aanwezigheidsrecht en het inzagerecht bij deskundigenonderzoek, neem ik het beginsel van hoor en wederhoor tot uitgangspunt. Bij de vraag naar de reikwijdte van het recht van partijen om aanwezig te zijn bij een deskundigenonderzoek en stukken in te zien die in het onderzoek worden betrokken, gaat het er in procedures waarin art. 6 lid 1 EVRM van toepassing is, naar mijn indruk nogal eens om of de 'equality of arms' en het 'adversarial principle' voldoende worden gediend. Terwijl voor zich spreekt dat het beginsel van hoor en wederhoor in de procesrechtelijke verhouding tussen de procespartijen en de rechter van toepassing is, is onzeker of, en zo ja, in hoeverre het beginsel van hoor en wederhoor in de verhouding tussen partijen en de deskundige tot rechten en plichten aanleiding geeft. Wel zijn de twee uitersten duidelijk. Op de deskundige rust enerzijds niet een eigen, rechtstreekse verplichting om het beginsel van hoor en wederhoor in acht te nemen.¹⁰ Anderzijds is hij

1. Zie over het onderscheid tussen partij en derde bijv. M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst*, Deventer: Kluwer 2001 p. 1, met verdere verwijzingen.
2. W.D.H. Asser, H.A. Groen, J.B.M. Vranken, m.m.v. I.N. Tzankova, *Uitgebalanceerd*, Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 184, 11.h, en p. 71-75. Zij verwijzen naar de in 1994 door de Commissie Storme voorgestelde algemene regeling van 'disclosure' (Marcel Storme e.a., *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht 1994, p. 195-198).
3. Reactie op het Eindrapport van het driemanschap 'Uitgebalanceerd' (2006), Adviescommissie burgerlijk procesrecht, TCR 2006, p. 68-76; J. Ekermans, Een onbalans in de eindbalans: de exhibitieplicht revisited, TCR 2006, p. 101-102; advies van de Raad voor de rechtspraak aan de Minister van Justitie over het Eindrapport op <www.rechtspraak.nl>; R.R. Verkerk en R. Verkijk, *Principles of transnational civil procedure*, vanuit een Nederlands perspectief, NTBR 2006-6, p. 212-223, par. 3. Eerder: J. Ekermans, De exhibitieplicht in de praktijk: de ruime mogelijkheden tot het opvragen van bescheiden, TCR 2005, p. 59-68. Zie verder J. Ekermans, De exhibitieplicht in kort bestek: een praktische leidraad bij het opstellen en beoordelen van vorderingen tot verstrekking van bescheiden op grond van art. 843a Rv, Zutphen: Paris 2007.
4. Uitvoeringswet van 8 maart 2007, Stb. 2007, 108 (i.wtr. 1 mei 2007) tot uitvoering van de Handhavingsrichtlijn IE-rechten. Zie bijv. R.R. Verkerk, *Procesrechtelijke aspecten van het wetsvoorstel handhaving intellectuele eigendom*, TCR 2006, p. 110-115.
5. Zie over 'disclosure' en deskundigenonderzoek de bijdragen van R.M. Hermans, 'Discovery' door middel van een deskundigenbericht, en E.M. Wesseling-van Gent, To fish or not to fish, that's the question, in: P.J. van der Korst e.a., *Het verzamelen van feiten en bewijs: begrenzing versus verruiming*, een kruisbestuiving tussen civiel procesrecht en ondernemingsprocesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
6. Kamerstukken II 2006/07, 30 951, nr. 1, p. 16.
7. Met deskundigenonderzoek wordt hier steeds bedoeld het deskundigenonderzoek in opdracht van de rechter.
8. Het gaat om stukken die (nog) niet tot de processtukken behoren.
9. De bijdrage is geschreven op persoonlijke titel.
10. In vergelijkbare zin G.R. Rutgers bij HR 20 september 1996, NJ 1997, 328 (Halcion II) onder 5.

niet verschoond van de werking van het beginsel van hoor en wederhoor in de procesrechtelijke verhouding tussen de rechter en partijen. Hij is immers verplicht om partijen gelegenheid te geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken (art. 198 lid 2 Rv). Uitgaande van de deels onzekere betekenis van het beginsel van hoor en wederhoor in het deskundigenonderzoek, schets ik hierna eerst enkele algemene lijnen die uit wetgeving, rechtspraak en literatuur zijn te destilleren ten aanzien van de reikwijdte van het aanwezigheidsrecht en het recht op inzage van stukken bij deskundigenonderzoek. Daarna ga ik, mede met behulp van deze algemene lijnen, in op vijf deelvragen. Begonnen wordt met enkele opmerkingen over de positie van de derde van wie ten behoeve van het deskundigenonderzoek stukken worden verlangd door een partij of de deskundige, of wiens toestemming nodig is voor een onderzoek van de deskundige ter plaatse. Dan komt de situatie aan de orde waarin een partij er aanspraak op maakt dat de wederpartij stukken aan haar en de deskundige overlegt. Een volgende kwestie is of een partij verplicht is aan de deskundige en de wederpartij stukken over te leggen op verzoek van de deskundige. Daarna besteed ik aandacht aan de vraag of de deskundige verplicht is stukken waarvan hij in het onderzoek uit zichzelf of op initiatief van een partij kennisneemt, ter kennis van de (weder)partij(en) te brengen. De laatste kwestie is of een partij er aanspraak op heeft aanwezig te zijn bij andere onderzoekshandelingen van de deskundige dan onderzoek ter plaatse. Dan volgen enkele slotopmerkingen. De ambitie van deze bijdrage is bescheiden. Beoogd is niet de hiervoor genoemde en andere vragen die verband houden met 'disclosure' en deskundigenonderzoek ook al volledig te beantwoorden. Het gaat er vooral om de aandacht te vestigen op aanknopingspunten voor de verdere gedachtevorming over het thema 'disclosure'.

Algemene lijnen

Aanwezigheidsrecht; oorsprong van het recht op opmerkingen en verzoeken

De verplichting van de deskundige om partijen gelegenheid te geven tot het maken van opmerkingen en het doen van verzoeken, is verwant aan het recht van partijen om aanwezig te zijn bij het onderzoek van de deskundige. In Frankrijk mochten partijen van oudsher aanwezig zijn bij deskundigenonderzoek. Dit kwam al tot uitdrukking in de *Ordonnance civile* van 1667 (Code Louis).¹¹ Deskundigenonderzoek vond vroeger gezien de stand van wetenschap en techniek in menig geval voornamelijk plaats door middel van zintuiglijke waarneming tijdens onderzoek ter plaatse, al dan niet in aanwezigheid van de rechter. Uit het aanwezigheidsrecht van partijen bij het deskundigenonderzoek heeft zich in Frankrijk het recht van partijen ontwikkeld om ten overstaan van de deskundige voordrachten en vorderingen te doen.¹² Dit recht is in Frankrijk in de *Code de Procédure Civile* (CPC) van 1806 gecodificeerd. De vertaalde CPC, waaronder dit voorschrift, werd in Nederland ingevoerd in 1811. Bij de totstandkoming van Rv 1838 is toegevoegd dat partijen *bij het onderzoek* zodanige voordrachten en vorderingen aan de deskundige mochten doen als zij zouden goedvinden (art. 230 lid 2 Rv 1838). Deze toevoeging was waarschijnlijk vooral bedoeld om tot uitdrukking te brengen dat partijen weliswaar het recht hadden aanwezig te zijn bij het des-

kundigenonderzoek en daar opmerkingen te maken en verzoeken te doen, maar daarmee niet het recht hadden aanwezig te zijn bij het opmaken van het deskundigenbericht, uit vrees dat deskundigen anders niet in vrijheid hun bevindingen zouden noteren.¹³ De vrees voor beïnvloeding door partijen, maar dan als vrees van de deskundigen, is in de Halcion II-zaak¹⁴ voldoende geacht om te verhinderen dat partijen *tijdens* het onderzoek van de deskundigen opmerkingen zouden maken en verzoeken zouden doen. In deze zaak volstond het dat door de deskundigen bij aanvang en na afloop van het onderzoek gelegenheid aan partijen werd geboden tot opmerkingen en verzoeken.

Sinds 1 april 1988 is het recht van partijen om opmerkingen te maken en verzoeken te doen niet meer afzonderlijk geregeld, maar is de deskundige verplicht partijen hiertoe gelegenheid te bieden (art. 198 lid 2 Rv). Met de wijziging van de bepalingen over het deskundigenbewijs per 1 april 1988 zijn geen wezenlijke verschillen beoogd.¹⁵ De omzetting van een recht van partijen in een plicht van de deskundige is daarom mijns inziens niet van betekenis bij het onderwerp 'disclosure'. Relevant is dat aan het recht van partijen om opmerkingen te maken en verzoeken te doen van oorsprong ten grondslag ligt dat partijen bij het deskundigenonderzoek aanwezig mogen zijn.

Dat partijen aanwezig mogen zijn bij onderzoek ter plaatse door de deskundige, staat ook zonder wettelijke grondslag tegenwoordig niet ter discussie. De Hoge Raad heeft in deze zin geoordeeld in 1980¹⁶ en lagere rechters plegen deskundigen dienovereenkomstig te instrueren. Ook in de Leidraad deskundigen in civiele zaken¹⁷ is vermeld dat partijen aanwezig mogen zijn bij een onderzoek ter plaatse (par. 11.4). Daarmee is nog niet gezegd wat als een onderzoek ter plaatse is aan te merken. Valt daaronder bijvoorbeeld dat de deskundige de werking van software op een computer van een partij onderzoekt? Ook is onduidelijk of partijen aanwezig mogen zijn bij deskundigenonderzoek dat mede bestaat uit ander onderzoek dan onderzoek ter plaatse. De ontwikkeling van het recht op opmerkingen en verzoeken uit het aanwezigheidsrecht biedt misschien een aanwijzing dat partijen aanwezig mogen zijn bij deskundigenonderzoek als het van belang kan zijn dat zij kennisnemen van waarnemingen of andere onderzoekshandelingen van de deskundige om effectief commentaar te kunnen leveren op de uitkomsten van een deskundigenonderzoek. Dit lijkt bovendien in lijn met de uitspraak van het EHRM in de

11. Titel 18, art. 16 Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, Code Louis T. 1 Ordonnance Civile, 1667, Testi e documenti per la storia del processo, a cura di Nicola Picardi e Alessandro Giuliani, Milaan 1996, p. 246.
12. M. Pigeau, La procédure civile du Châtelet de Paris et de toutes les juridictions ordinaires du Royaume, Démontrée par Principes, & mise en action par des Formules. Nouvelle Edition, revue, corrigée & augmentée de plusieurs observations sur l'Edit du mois de Juin 1771, concernant les Lettres de ratification. Tome Premier. Paris 1787, p. 305.
13. J.S. Vernede, Handleiding tot de Nederlandsche wetgeving, Vierde Aflevering, bevattende het Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, Utrecht 1845, p. 127.
14. HR 20 september 1996 (Halcion II), NJ 1997, 328 (G.R. Rutgers), r.o. 3.1.
15. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, p. 316 (MvT-RO).
16. HR 7 maart 1980, NJ 1980, 441 (PAS): de rechtbank heeft een onderzoek door een deskundige gelast, in het kader waarvan de deskundige een villa moest bezichtigen. Partijen mogen desgewenst bij het onderzoek door de deskundige aanwezig zijn om hun standpunten naar voren te brengen.
17. De Leidraad deskundigen in civiele zaken is gepubliceerd op <www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Landelijke+regelingen/Sector+civiel+recht>.

Mantovanelli/Frankrijk-zaak,¹⁸ die relevant is voor de reikwijdte van zowel het recht van partijen om aanwezig te zijn bij onderzoekshandelingen van de deskundige als het recht van partijen om kennis te nemen van stukken die in het deskundigenonderzoek worden betrokken.

Betekenis van art. 6 lid 1 EVRM bij deskundigenonderzoek

In de uitspraak in de Mantovanelli/Frankrijk-zaak heeft het EHRM benadrukt dat de verplichting tot naleving van art. 6 lid 1 EVRM rust op de rechter. Art. 6 lid 1 EVRM geeft een partij daarom niet een recht aanwezig te zijn bij besprekingen van de deskundige met wederpartijen en derden, of kennis te nemen van stukken waarop de deskundige acht slaat. Essentieel is dat beide partijen steeds naar behoren kunnen participeren in de procedure bij de rechter. Naar het oordeel van het EHRM had het hieraan in deze zaak ontbroken. Bij dit oordeel werd het volgende in aanmerking genomen. Aan de deskundige was dezelfde vraag voorgelegd als de door de rechter te beoordelen vraag. De rechter was niet in staat om het geschilpunt zonder deskundige voorlichting te beoordelen. Te verwachten was dat het deskundigenrapport van overwegende invloed op de uitspraak zou zijn. De deskundige had getuigen aan de zijde van de wederpartij gehoord buiten aanwezigheid van de klagers en had kennisgenomen van stukken die niet aan de klagers ter beschikking waren gesteld. Er was geen beletsel om klagers aanwezig te laten zijn bij het horen van de getuigen en de stukken aan klagers ter beschikking te stellen. Onder deze omstandigheden bood de gelegenheid tot reactie op het deskundigenrapport bij de rechter geen reële mogelijkheid om het deskundigenrapport effectief tegen te spreken. De rechter had het deskundigenrapport niet voor het bewijs mogen gebruiken zonder te voldoen aan het verzoek van de klagers om een nieuw deskundigenonderzoek te gelasten.¹⁹

In deze uitspraak worden in feite met de ene hand aanspraken van partijen beperkt die met de andere hand worden verleend. In veel gevallen waarin deskundigenonderzoek plaatsvindt, vertonen de vragen aan de deskundige aanzienlijke gelijkenis met de door de rechter te beslissen punten, kan de rechter niet zonder deskundige voorlichting beslissen, spreekt de deskundige met een partij of derden buiten aanwezigheid van (de) (weder)partij(en) en slaat hij acht op stukken die hij van één van partijen bij wege van opmerkingen en verzoeken ontvangt. De uitspraak in Mantovanelli/Frankrijk duidt erop dat het raadzaam is een partij in zulke gevallen in beginsel gelegenheid te bieden een bespreking van de deskundige met de wederpartij of derden bij te wonen en kennis te nemen van stukken waarop de deskundige acht slaat. In het kader van het onderwerp 'disclosure' is van belang dat in de praktijk soms behoefte bestaat om op dit beginsel een uitzondering te maken. Over de toelaatbaarheid van uitzonderingen zegt de uitspraak weinig.

Aandachtspunten uit relevante Nederlandse rechtspraak

De rechtspraak van de Hoge Raad over het aanwezigheidsrecht, het recht op opmerkingen en verzoeken en het recht om kennis te nemen van stukken, past in de beperkingen die het EHRM in de uitspraak Mantovanelli/Frankrijk voorop heeft gesteld. Het is de rechter die toeziet op de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor in de procedure. Een partij heeft niet zonder meer een

recht om kennis te nemen van stukken waarop de deskundige acht slaat en aanwezig te zijn bij gesprekken met de wederpartij en derden. Vóór de uitspraak van het EHRM in Mantovanelli/Frankrijk was door de Hoge Raad al geoordeeld dat de deskundige die met een partij spreekt, niet verplicht is de wederpartij gelegenheid te bieden daarbij aanwezig te zijn, mits de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor na deskundigenbericht is gewaarborgd.²⁰ Zowel vóór als ná Mantovanelli/Frankrijk heeft de Hoge Raad – aansluitend bij de parlementaire geschiedenis²¹ – geoordeeld dat deskundigen binnen de grenzen van de opdracht de nodige vrijheid hebben om onderzoek te verrichten op de wijze die hun het beste voorkomt.²²

Vóór Mantovanelli/Frankrijk is door de Hoge Raad in het Halcion II-arrest geoordeeld dat in zijn algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard de opvatting dat deskundigen essentiële wetenschappelijke stellingen die zij aan hun oordelen ten grondslag leggen, zouden moeten staven met literatuurverwijzingen. Of deskundigen in hun taak tekortschieten door verwijzingen naar relevante literatuur achterwege te laten, hangt af van de omstandigheden van het geval.²³ Onlangs hoorde ik een hoogleraar orthopedie daarentegen betogen dat een medisch deskundige een deskundigenbericht zo veel mogelijk behoort te onderbouwen met literatuurverwijzingen. Wat van de cassatierechter niet hoeft, valt wellicht toch onder het voorschrift dat de deskundige de opdracht naar beste weten vervult (art. 198 lid 2 Rv) of het deskundigenbericht met redenen is omkleed (art. 198 lid 4 Rv).²⁴

In Halcion II lijkt (impliciet) te zijn aangenomen dat de rechter geen acht mag slaan op een deskundigenbericht waarin gebruik is gemaakt van gegevens die aan de ene partij wel en aan de andere partij niet bekend waren.²⁵ Dit is in lijn met het beginsel van hoor en wederhoor (art. 19 Rv) en de vaste rechtspraak dat de rechter beslist aan de hand van stukken tot kennisneming waarvan en uitlating waarover aan partijen voldoende gelegenheid is gegeven. De rechter mag, al dan niet na deskundigenbericht, geen acht slaan op gegevens die aan de ene partij wel bekend zijn en aan de andere niet, tenzij die ander daarmee heeft ingestemd.²⁶

Een laatste aandachtspunt uit de rechtspraak is dat een verzuim van de deskundige in de naleving van de verplichting om gelegenheid te bieden tot opmerkingen en verzoeken naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet in alle gevallen behoeft te worden hersteld. Het is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt om te beoordelen of het verzuim moet worden hersteld voordat het deskundigenrapport in de uitspraak wordt gebruikt.²⁷

18. EHRM 18 maart 1997 (Mantovanelli/Frankrijk), NJ 1998, 278 (HJS).

19. EHRM 18 maart 1997 (Mantovanelli/Frankrijk), NJ 1998, 278 (HJS), r.o. 33-36.

20. HR 12 februari 1993 (Fernandes/Oostdam), NJ 1993, 234.

21. Parlementaire Geschiedenis nieuw bewijsrecht, MvA, p. 344.

22. HR 20 september 1996 (Halcion II), NJ 1997, 328 (G.R. Rutgers), r.o. 3.1; HR 15 juni 2001 (WE/VIB II), NJ 2001, 435.

23. HR 20 september 1996 (Halcion II), NJ 1997, 328 (G.R. Rutgers), r.o. 3.2.

24. Zie hierover verder hierna.

25. HR 20 september 1996 (Halcion II), NJ 1997, 328 (G.R. Rutgers), r.o. 3.3.

26. HR 27 maart 1987, NJ 1988, 130 (WHH); HR 18 februari 1994, NJ 1994, 742; HR 20 december 2002 (Lightning Casino/Nederlandse Antillen), NJ 2004, 4 m.nt. JBMV; HR 26 maart 2004, LJN AO1330, JBP 2004, 37 m.nt. C.J.M. Klaassen (inzage en blokkering).

27. HR 7 januari 1994 (De Vechtlanden/Otter c.s.), NJ 1994, 320; HR 15 juni 2001 (WE/VIB II), NJ 2001, 435; HR 25 november 2005, LJN AT9053.

De lagere rechter laat het verzuim bij voorkeur herstellen, tenzij er een goede grond is om herstel achterwege te laten.²⁸

Vijf deekwesties

*Positie van de derde*²⁹

Hoe is de positie van de derde van wie ten behoeve van een deskundigenonderzoek stukken worden verlangd door een partij of de deskundige, of wiens toestemming nodig is voor een onderzoek van de deskundige ter plaatse? Voor zover stukken van een derde in een deskundigenonderzoek nodig zijn (bijv. in het medisch deskundigenonderzoek van behandelend artsen of uitkeringsinstanties) wordt in de regel gewerkt met toestemmingsverklaringen en machtigingen. Het komt wel voor dat een partij weliswaar een machtiging verstrekt, maar de behandelend arts niet meewerkt aan het verstrekken van stukken volgens de machtiging. Deze arts is echter wel verplicht te voldoen aan een verzoek van een partij die een afschrift wenst van het eigen medisch dossier (art. 7:456 BW), ook als die partij een kopie aan anderen wil verstrekken. Daarentegen heeft de arts die als getuige wordt gehoord en wordt gevraagd medische gegevens over die partij aan anderen te openbaren, een verschoningsrecht (art. 165 Rv).³⁰ Als de betekenis van het vraagstuk van 'disclosure' systematisch aandacht krijgt, komt waarschijnlijk aan de orde of dergelijke verschillen gerechtvaardigd zijn en moeten worden gehandhaafd. Waarom zou een arts als getuige niet de inhoud hoeven meedelen van stukken die hij buiten het getuigenverhoor volgens een machtiging zou moeten afstaan? Maakt het bijvoorbeeld verschil dat een getuigenverhoor in beginsel ter openbare terechtzitting plaatsvindt? Hoe verhouden de verschillen zich in een civiele procedure tot de aanspraak van partijen om in beginsel over dezelfde informatie te beschikken?

Als een partij niet meewerkt en een machtiging ontbreekt, zal de wederpartij of de deskundige aan de rechter kunnen vragen te bepalen dat de partij verplicht is de toestemming of machtiging te geven op straffe van het oordeel dat zij niet meewerkt aan het deskundigenonderzoek (art. 198 lid 3 Rv). Als de rechter van oordeel is dat een partij hiertoe in een bepaald geval niet verplicht is, rijst de vraag of op de derde een eigen verplichting rust om te voldoen aan het verzoek van een partij of de deskundige om stukken af te staan. Of en in hoeverre dat door tussenkomst van de rechter met gebruik van bestaande exhibitierregels denkbaar is, laat ik hier buiten beschouwing. Relevant in verband met het deskundigenonderzoek is dat de Nederlandse wettelijke regeling van het deskundigenbewijs aan de deskundige geen grondslag biedt om bepaalde stukken van een derde te verlangen. Dat is anders in het civiele procesrecht van bijvoorbeeld Frankrijk of het kanton Wallis in Zwitserland. In Frankrijk kan de deskundige mondelinge en schriftelijke informatie inwinnen bij iedere persoon, dus bij partijen en derden.³¹ De deskundige kan van partijen en derden verlangen dat hem bepaalde stukken ter beschikking worden gesteld en zonodig kan de rechter hen gelasten daaraan mee te werken.³² Als partijen niet meewerken, kan de rechter daaraan in de procedure gevolgen verbinden en een boete opleggen.³³ Ook in Wallis kan van de derde worden verlangd dat hij stukken aan de deskundige ter beschikking stelt.³⁴ Het valt op dat zowel in Frankrijk als in Wallis de wettelijke regeling niet voorziet in een sanctie voor het

geval de derde niet meewerkt. Kennelijk wordt de processuele verplichting van de derde niet zonder meer op één lijn gesteld met een afdwingbare wettelijke verplichting, wellicht mede doordat de belangen van de derde worden beschermd door art. 8 EVRM. In de Nederlandse discussie over 'disclosure' verdient aandacht of er een algemeen aanvaarde normatieve grondslag is voor een verplichting van een derde om aan een deskundige stukken af te staan en, als die vraag bevestigend zou worden beantwoord, welke reikwijdte die verplichting zou moeten hebben. Een soortgelijke kwestie speelt bij het deskundigenonderzoek ter plaatse. Partijen en de deskundige kunnen een derde niet dwingen deskundigenonderzoek ter plaatse van de derde te gedogen. Ook aan de rechter is een dergelijke bevoegdheid in de wettelijke regeling van het deskundigenbewijs niet verleend. De rechter die het deskundigenonderzoek ter plaatse combineert met een plaatsopneming, heeft toegang tot elke plaats (art. 201 lid 3 Rv). Met deze enkele bevoegdheid is echter nog niet gegeven in welke gevallen of onder welke omstandigheden de rechter van een derde medewerking mag verlangen aan een deskundigenonderzoek ter plaatse van de derde.

Een partij wil dat de wederpartij stukken overlegt aan de deskundige en haarzelf

In een voorkomend geval moet de rechter beslissen of een partij bepaalde stukken in het geding moet brengen en of een partij die daaraan niet wil meewerken, een beroep op gewichtige redenen

28. Bijv. Hof Den Bosch 15 april 2003, LJN AF8234; Rb. Dordrecht 10 november 2004, NJF 2004, 594; Rb. Alkmaar sector kanton 18 mei 2005, LJN AT6610; Rb. Arnhem 12 oktober 2005, LJN AU8391.
29. Zie over de positie van de derde in het (civiele) procesrecht Eindrapport p. 51-52 en 104; De Folter (zie noot 1); A.F.M. Breninkmeijer, De derde in het recht, AAe 1997-5 p. 267-278; M. Ynzonides, M.K. Grande-van den Berge, Derden in het burgerlijk procesrecht, AAe 1997-5 p. 323-329.
30. Zie over dit onderscheid bijv. Rb. Zwolle 10 augustus 2006, LJN AZ9400 r.o. 4.2.
31. Art. 242 NCPC: 'Le technicien peut recueillir des informations orales ou écrites de toutes personnes, sauf à ce que soient précisés leurs nom, prénoms, demeure et profession ainsi que, s'il y a lieu, leur lien de parenté ou d'alliance avec les parties, de subordination à leur égard, de collaboration ou de communauté d'intérêts avec elles. Lorsque le technicien commis ou les parties demandent que ces personnes soient entendues par le juge, celui-ci procède à leur audition s'il l'estime utile.'
32. Art. 243 NCPC: 'Le technicien peut demander communication de tous documents aux parties et aux tiers, sauf au juge à l'ordonner en cas de difficulté.' Vgl. Serge Guinchard, Frédérique Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, 28e druk, Parijs: Dalloz 2006 p. 972.
33. Dit is bepaald in art. 275 NCPC voor de 'expertise'. Het Franse civiele procesrecht kent drie soorten deskundigenonderzoek. Naast de expertise zijn dat de 'constatation' en de 'consultation'.
34. Art. 177 lid 1 Zivilprozessordnung Staat Wallis: 'Der Richter kann den Sachverständigen ermächtigen, Urkunden beizuziehen und Dritte zu befragen. Diese Ermächtigung kann nötigenfalls mit besonderen Auflagen verbunden werden. Die Parteien und Dritte sind gehalten, notwendigenfalls bei der Erstellung des Sachverhaltes durch den Experten mitzuwirken, soweit dies von ihnen aufgrund der Umstände verlangt werden kann.' In het wetsvoorstel voor een uniform Zwitsers procesrecht is overigens volstaan met de bepaling dat de deskundige met toestemming van de rechter zelfstandig onderzoek mag doen (art. 183 lid 1 Entwurf ZPO, <www.ejpd.admin.ch>), waarvan in de toelichting als voorbeelden worden genoemd gesprekken met werknemers van een partij en onderzoek op de plaats van het ongeval ('Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung' van 28 juni 2006 p. 7324, <www.ejpd.admin.ch>).

toekomt (art. 22 en 843a Rv).³⁵ Het komt wel voor dat hierbij gebruik wordt gemaakt van een deskundige. De partij die zich beroept op gewichtige redenen, stelt dan de stukken ter beschikking van de deskundige, maar niet van de wederpartij. De deskundige kan tot taak hebben te beoordelen welke (onderdelen van) stukken als relevant voor beide partijen toegankelijk zullen moeten zijn in de verdere procedure.³⁶ Het gaat hier allereerst om gevallen waarin duidelijk is dat de niet door de deskundige te selecteren onderdelen irrelevant zijn voor de verdere beoordeling van het geschil. Hiertegen lijkt uit het oogpunt van hoor en wederhoor geen bezwaar te bestaan als er geen redelijke twijfel kan zijn over de vraag welke onderdelen van stukken voor beide partijen relevant zijn. Dit deed zich bijvoorbeeld voor in een zaak waarin aan de deskundige werd gevraagd passages uit notulen te selecteren die betrekking hadden op een afgebakend onderwerp.³⁷ Als deskundige wordt dan iemand benoemd die beschikt over de kennis en ervaring die nodig is om de relevantie van de betrokken stukken in het geschil te bepalen. Dat kan bijvoorbeeld een notaris zijn, of een accountant. In het kader van het vraagstuk van 'disclosure' is interessant of aan de deskundige een verschoningsrecht toekomt als hem later als getuige wordt gevraagd naar de inhoud van de stukken die op grond van zijn deskundigenonderzoek niet ter kennisneming van de wederpartij zijn gebracht, en of het beroep van de deskundige daarbij van betekenis is. Aan de notaris komt van oudsher een verschoningsrecht toe als hij door te antwoorden zou openbaren wat aan hem in zijn hoedanigheid is toevertrouwd, tenzij buiten redelijke twijfel staat dat met de gevraagde getuigenis niet wordt getreden in de vertrouwenssfeer die is verbonden aan het notarisambt.³⁸ Partijen kunnen er op voorhand echter niet op vertrouwen dat de deskundige een verschoningsrecht zal hebben. Het beroep op een verschoningsrecht is niet alleen vatbaar voor rechterlijke toetsing, maar vooral zal niet iedere deskundige verschoningsgerechtigd zijn. Bij de keuze van het vakgebied van de deskundige behoort leidend te zijn welke deskundigheid nodig is voor de adequate informatieselectie en niet de vraag of de deskundige een verschoningsrecht zal hebben als een van de partijen zich te zijner tijd niet met het deskundigenbericht kan verenigen. Als echter aan de als getuige gehoorde deskundige geen verschoningsrecht zou toekomen, lijkt de benoeming van een deskundige die informatie selecteert geen toereikende oplossing te bieden in de gevallen waarin een partij sommige onderdelen van stukken wegens gewichtige redenen niet aan de wederpartij hoeft te openbaren en andere wel over moet leggen.

Moeilijker wordt het als minder duidelijk is welke informatie relevant is en voor beide partijen in de verdere procedure toegankelijk moet zijn, of als de deskundige informatie niet alleen selecteert, maar ook betreft in een deskundigenonderzoek. Het komt wel voor dat de deskundige tot taak heeft een deskundigenbericht uit te brengen en aan hem wordt overgelaten te bepalen welke stukken van een partij in het onderzoek worden betrokken en welke erbuiten blijven.³⁹ In laatstgenoemd geval rijst tegelijk de vraag of de wederpartij aanspraak heeft op een afschrift van de stukken die in het deskundigenonderzoek worden gebruikt, dan wel het moet doen met de informatie over die stukken in het deskundigenbericht. Vier elementen die verband houden met het deskundigenonderzoek zijn hier mijns inziens in ieder geval van betekenis.

Allereerst mag de Nederlandse rechter van oudsher ook een deskundigenonderzoek gelasten als hij een bepaald onderzoek zelf kan verrichten, maar dat aan een deskundige wil overlaten. Rechters gaan hiermee overigens mijns inziens terecht spaarzaam om.

Het tweede element staat hier haaks op. De verantwoordelijkheid van de rechter voor de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor en het feit dat die verantwoordelijkheid volgens het EHRM en de Hoge Raad niet rust op de deskundige, duidt er niet op dat de rechter het aanbrengen van beperkingen in de rechten die partijen aan het beginsel van hoor en wederhoor kunnen ontleenen, mag overlaten aan een deskundige. Zoals hiervoor vermeld bij de bespreking van relevante Nederlandse rechtspraak, mag de rechter de uitspraak niet motiveren met behulp van een deskundigenbericht waaraan gegevens ten grondslag liggen die de ene partij wel kent en de andere niet. Volgens annotator Vranken heeft de Hoge Raad in *Lightning Casino*⁴⁰ de verantwoordelijkheden die met beperkte kennisneming samenhangen terecht bij de rechter gelegd. De Engelse *Civil Procedure Rules* leggen de verantwoordelijkheid om tijdens het deskundigenonderzoek te beslissen of een partij een stuk moet inbrengen overigens evenzeer bij de rechter.⁴¹ Vranken verwijst onder andere naar de uitspraak van het EHRM in de *Tinnelly & Sons Ltd e.a./Verenigd Koninkrijk-zaak*.⁴² Hierin werd vooropgesteld dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is en aan beperkingen onderhevig mag zijn, mits de beperking de toegang tot de rechter niet illusoir maakt. Verder behoort iedere beperking een legitiem doel te dienen en is een beperking ontoelaatbaar indien een redelijke, proportionele verhouding ontbreekt tussen de beperkende middelen en het daarmee gediende doel. De Hoge Raad overweegt in deze geest in *Lightning Casino*:

'4.4.4 Vooropgesteld moet worden dat (...) gewichtige redenen een weigering om aan die verplichting te voldoen kunnen rechtvaardigen. (...) Voor de beantwoording van de vraag of kennisneming door uitsluitend de rechter een oplossing zou kunnen bieden is van belang dat het beginsel van hoor en wederhoor meebrengt dat de rechter, behoudens toestemming

35. Zie over de mededelingsplichten van een partij bij deskundigenonderzoek: W.A.J.P. van den Reek, *Mededelingsplichten in het burgerlijk procesrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 42-45.
36. Bijv. HR 5 februari 1971, NJ 1971, 222 m.nt. GJS; Hof Den Bosch 18 maart 1992, NJ 1992, 700; Pres. Rb. Utrecht 6 juli 1993, NJ 1994, 400; Rb. Rotterdam 3 oktober 1996, JOR 1996, 122 m.nt. C.M. Grundmann-van der Knol, r.o. 5.11; Vrz. Rb. Breda 25 oktober 2006, LJN AZ1374.
37. Rb. Rotterdam 3 oktober 1996, JOR 1996, 122 m.nt. C.M. Grundmann-van der Knol.
38. Zie over het verschoningsrecht van de notaris bijv. de conclusie van A-G Wesseling-van Gent onder 2.25-2.35 bij HR 13 januari 2006, NJ 2006, 480 m.nt. G.R. Rutgers, JBP 2006, 42 m.nt. F.J. Fernhout.
39. Bijv. Hof Arnhem 27 juni 2006, LJN AY5556.
40. Noot onder 5 bij HR 20 december 2002 (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), NJ 2004, 4 m.nt. JBMV.
41. CPR 35.9: 'Where a party has access to information which is not reasonably available to the other party, the court may direct the party who has access to the information to (a) prepare and file a document recording the information and (b) serve a copy of that document on the other party.'
42. EHRM 10 juli 1998 (*Tinnelly & Sons Ltd. e.a./Verenigd Koninkrijk*), 20390/92 en 21322/93, r.o. 72.

van de partij die het aangaat, slechts beslist op grondslag van gegevens tot kennisneming waarvan en uitlegging waarover beide partijen voldoende gelegenheid is gegeven.’

Vranken meent dat geheimhouding proportioneel moet zijn en voldoende tegenwicht moet vinden in procedurele garanties.⁴³ De vraag dringt zich op welke legitimatie de rechter heeft om de informatieselectie over te laten aan de deskundige en, als hij dat doet, welke waarborgen de rechter moet scheppen ten aanzien van de informatievoorziening in de procedure.

Dan het derde element. In *Lightning Casino* heeft de Hoge Raad ook vooropgesteld dat de verplichting van een partij om in het kader van een procedure stukken over te leggen niet onder alle omstandigheden geldt (r.o. 4.4.4). In het deskundigenonderzoek wordt de verplichting van een partij om stukken over te leggen mijns inziens in ieder geval begrensd door de opdracht die de rechter aan de deskundige heeft verstrekt. De rechter formuleert de vraagstelling aan de deskundige na overleg met partijen (art. 194 lid 1 en 2 Rv). De vraagstelling vloeit voort uit de analyse van de geschilpunten van partijen en de beslispunten van de rechter. Als een partij verlangt dat de wederpartij stukken overlegt aan de deskundige (en haarzelf) die niet relevant zijn voor de beantwoording van de vraagstelling, wordt meestal (verdere) aanvulling van vordering of verweer beoogd, waarvoor het deskundigenonderzoek niet is bedoeld. Het is de vraag in hoeverre de rechter als steller van de vragen en gebruiker van de antwoorden het oordeel over de relevantie van stukken aan de deskundige mag overlaten. Een soortgelijke vraag kan zich voordoen als een partij met een beroep op gewichtige redenen stukken niet wil overleggen aan de deskundige (waarover meer hierna bij de volgende deelpartie). Een bijkomstig probleem is dat de rechter in sommige gevallen niet zonder deskundige kan beoordelen of bepaalde stukken relevant zijn voor het deskundigenonderzoek. Dat leidt mij naar het vierde element.

De deskundige gebruikt zijn kennis en ervaring niet alleen ten behoeve van de rechter. Het deskundigenbericht is voor één van partijen meestal een bewijsmiddel. De deskundige die geen jurist is, kan weliswaar beoordelen of stukken op zijn vakgebied relevant zijn voor het deskundigenonderzoek en wellicht zelfs voor de verdere beslissing van de rechter, maar moet een partij daarom gedogen dat de deskundige voor haar beoordeelt of bepaalde stukken feitelijke of juridische aanknopingspunten bieden om bijvoorbeeld commentaar te leveren op het deskundigenbericht? Met betrekking tot het medisch deskundigenonderzoek is de lagere rechtspraak verdeeld en woedt in de literatuur een debat over de vraag of een partij die medische informatie niet ter kennis van de wederpartij wil brengen, mag volstaan met ter beschikking stelling van die informatie aan de deskundige.⁴⁴ In dergelijke zaken gaat het er niet alleen om of de rechter een deskundige kan inschakelen om voor hem de relevantie te beoordelen van stukken die een partij niet in het geding wil brengen. In zaken waarin dit aan de deskundige wordt overgelaten (overigens voor zover bekend, anders dan op grond van het *Lightning Casino*-arrest zou mogen worden verwacht, zonder toestemming van de wederpartij van degene die de stukken overlegt en zonder waarborgen in de zin van art. 8:29 lid 5 Awb), bepaalt de deskundige namelijk tegelijk de betekenis van de aan hem ter beschikking gestelde stukken

voor de beantwoording van de vragen die de rechter aan de deskundige heeft gesteld. Volgens sommigen doet deze oplossing recht aan de belangen van het recht op een eerlijk proces en het recht op privacy van een letselschadeslachtoffer. Volgens anderen laat de rechter hiermee het aanbrengen van – niet te controleren – beperkingen in het recht op een eerlijk proces ten onrechte aan de deskundige over. Medische deskundigen vragen zich af of zij relevante informatie waarover alleen zij en het slachtoffer beschikken, vanuit tuchtrechtelijk perspectief in het deskundigenbericht mogen opnemen, of kopieën ervan aan het deskundigenbericht mogen hechten. Het laatste bleken neurologen elkaar tijdens een cursus Forensische Neurologie te ontraden met het oog op de kans dat de tuchtrechter later zou oordelen dat de machtiging van het slachtoffer hierop geen betrekking had.⁴⁵ Deze oplossing roept mijns inziens vragen op als zij wordt afgezet tegen de verantwoordelijkheid van de rechter voor de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor. Hoe kunnen bijvoorbeeld de wederpartij en de rechter erop toezien dat een partij voldoende openheid verschaft aan de deskundige, of wie ziet erop toe dat de deskundige zich niet laat beïnvloeden door de stukken die hij wel heeft gezien, maar niet in de beantwoording van de vragen betreft? Van sommige financieel deskundigen is mij bekend dat zij er in gevallen waarin een partij een stuk wel ter kennis van de deskundige, maar niet van de wederpartij wil brengen, nogal eens in slagen met partijen en hun advocaten de voorwaarden ‘uit te onderhandelen’ van een wijze van kennisneming van (een gedeelte van) de stukken waarin beide partijen zich kunnen vinden. Ik heb de indruk dat zij daarbij vooral zoeken naar een praktische gang van zaken waarmee de partij die geen kennisneemt van de stukken bereid is in te stemmen in het vertrouwen dat de deskundige volgens zijn professionele standaard te werk zal gaan. Wellicht speelt hier een rol dat de accountants (onder de financieel deskundigen) een eigen professionele standaard kennen ten aanzien van onafhankelijk en onpartijdig onderzoek.

De verplichting om stukken over te leggen aan de deskundige

Deskundigen krijgen de processtukken van (een) partij(en) of de griffier. Het komt wel eens voor dat de deskundige daarin of in een bespreking met een partij aanleiding vindt andere stukken op te vragen bij een van de partijen. Dit is in Nederland niet ongebruikelijk. In Duitsland bijvoorbeeld mag een deskundige slechts met instemming van de rechter stukken bij een partij opvragen.⁴⁶

Voldoet een partij aan een verzoek van de deskundige om bepaalde stukken over te leggen, dan is zij procesrechtelijk gehou-

43. Noot onder 9 bij HR 20 december 2002 (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), NJ 2004, 4 m.nt. JBMV.

44. Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur het Overzicht jurisprudentie inzake de Patiëntenkaart van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de Vrije Universiteit (<www.rechten.vu.nl/dbfilestream.asp?id=1867>) en het overzicht Literatuur inzake de Patiëntenkaart (<www.rechten.vu.nl/dbfilestream.asp?id=1868>).

45. De nascholingscursus Forensische neurologie is in 2004 en 2005 georganiseerd door de Commissie Forensische Neurologie van de Nederlandse Vereniging voor Neurologie en de Projectgroep medische deskundigen van de Vrije Universiteit. Zie A.J. Akkermans, M.H. Elferink en A.J. Van, *Verbetering van het medische traject*, Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade 2005/4, p. 5.

46. Kurt Jessnitzer, Günter Frieling, Jürgen Ulrich, *Der gerichtliche Sachverständige*, Berlin/München 2007, 12e druk, p. 216.

den zelf een kopie aan de wederpartij te verstrekken (art. 19, 84 en 198 lid 2 Rv) en behoort zij aan de deskundige te laten weten dat zij dat heeft gedaan. Op de deskundige rust niet de plicht voor toezending aan de wederpartij zorg te dragen. In de Leidraad deskundigen in civiele zaken⁴⁷ wordt hem wel verzocht erop toe te zien dat een partij hem laat weten dat het stuk in kopie aan de wederpartij is gezonden (nr. 61). In lijn met Mantovanelli/Frankrijk kan een verzuim op dit punt na deskundigenbericht in beginsel in de verdere procedure bij de rechter worden hersteld.

Voldoet een partij niet aan het verzoek van de deskundige om aanvullende stukken ter beschikking te stellen, dan kan de deskundige zich tot de rechter wenden met het verzoek de partij te wijzen op haar verplichting tot medewerking. De rechter oordeelt of de weigering als een gerechtvaardigd beroep op gewichtige redenen is aan te merken. Hij betreft daarin de reikwijdte van de vraagstelling aan de deskundige en de redenen die de deskundige en partijen noemen om het stuk wel of niet relevant te achten voor het deskundigenonderzoek. Het arrest in de Lightning Casino-zaak⁴⁸ laat zien dat de rechter, als hij van oordeel is dat een partij moet meewerken, niet tegelijk mag constateren dat een partij in strijd heeft gehandeld met haar medewerkingsverplichting door het stuk niet aan de deskundige te overhandigen, maar aan een partij de kans moet bieden alsnog mee te werken.

Als een partij aan de deskundige laat weten slechts aan het verzoek te willen voldoen onder de voorwaarde dat het stuk niet naar de wederpartij hoeft en de deskundige daarin niet abusievelijk meegaat buiten medeweten van de wederpartij en de rechter, zal de deskundige zich tot de rechter moeten wenden. De vragen die dan spelen, komen op hetzelfde neer als de kwesties die bij de vorige deelvraag aan de orde zijn gekomen en bespreek ik daarom niet afzonderlijk. Gaat de deskundige er abusievelijk wel in mee, dan kan dat hetzij onopgemerkt blijven, hetzij blijken uit het deskundigenbericht. In het laatste geval betreft het een verzuim in de naleving van het beginsel van hoor en wederhoor dat zich in beginsel leent voor herstel in de verdere procedure bij de rechter, die toezicht houdt op die naleving.

*Door de deskundige uit zichzelf of
op initiatief van een partij geraadpleegde stukken*

De deskundige raadpleegt ten behoeve van het onderzoek wel eens stukken op zijn vakgebied. Hebben partijen er recht op om te weten welke stukken dat zijn en van de inhoud ervan kennis te nemen? De Hoge Raad heeft beide vragen niet bevestigend beantwoord. In *Halcion II*⁴⁹ is beslist dat deskundigen niet tot literatuurverwijzingen zijn gehouden en in 2005 is in een onteigeningszaak⁵⁰ beslist dat deskundigen kopieën van geraadpleegde stukken niet bij het deskundigenbericht hoeven te voegen.⁵¹ Zoals hiervoor vermeld, kan volgens de Hoge Raad in zijn algemeenheid de opvatting niet als juist worden aanvaard dat deskundigen essentiële wetenschappelijke stellingen die zij aan hun oordelen ten grondslag leggen, zouden moeten staven met literatuurverwijzingen en hangt van de omstandigheden van het geval af of deze eis kan worden gesteld.⁵² Naar mijn ervaring plegen veel deskundigen met een wetenschappelijke achtergrond hun bronnen in het deskundigenbericht te vermelden. Er zijn deskundigen die kopieën van geraadpleegde literatuur bij het deskundigenonderzoek voegen. In zaken waarin dat niet gebeurt, wordt aan de rech-

ter met een beroep op dit gebruik wel eens door een advocaat gevraagd om de deskundige te gelasten kopieën van geraadpleegde literatuur bij te voegen. Ook deskundigen informeren wel eens bij de griffie of dat moet. Ik denk dat de eis dat de deskundige de opdracht naar beste weten vervult (art. 198 lid 1 Rv), meebrengt dat het in beginsel aan de deskundige is om op zijn vakgebied te beoordelen in hoeverre hij het deskundigenbericht van bronvermeldingen, literatuurverwijzingen of bijlagen behoort te voorzien. Dergelijke vermeldingen zijn echter voor een wetenschappelijk geschoolde deskundige in het algemeen zo gebruikelijk, dat de vraag gerechtvaardigd is of niet in zijn algemeenheid de opvatting als juist moet worden aanvaard dat deskundigen die een wetenschappelijke opleiding hebben en ten behoeve van onderzoek of rapport gebruikmaken van wetenschappelijke literatuur, daarvan melding moeten maken in het rapport. De mate waarin dat dan moet geschieden, zal afhankelijk blijven van de omstandigheden van het geval. Daarmee zal de feitenrechter voldoende armslag houden om excessen tegen te gaan. Met dit algemene uitgangspunt zou echter duidelijker kunnen worden wat de eigen mening is van de deskundige en waar hij welke opvattingen op zijn vakgebied volgt of verwierpt. Dat kan ten goede komen aan de controlebaarheid en aanvaardbaarheid van de rechterlijke beslissing waarin gebruik wordt gemaakt van een deskundigenbericht, in aanmerking genomen dat de rechter het deskundigenbericht veelal volgt en de opvattingen van de deskundige in de regel niet zelfstandig inhoudelijk kan toetsen. Partijen die eigen deskundigen wensen te raadplegen, krijgen zo een volwaardiger kans om inhoud te geven aan het processuele debat bij de rechter na deskundigenbericht, althans hoeven minder moeite te doen om uit te (doen) pluizen waarop de deskundige zijn opvatting baseert. Interessant in dit verband is overigens dat het tegenwoordig gebruikelijk is dat de Hoge Raad zelf waar relevant zijn oordeel staft met verwijzingen naar eerdere uitspraken of naar de parlementaire geschiedenis van een wettelijke bepaling.

Ook als dit niet tot uitgangspunt voor deskundigen wordt verheven, kan de eis dat het deskundigenbericht met redenen is omkleed (art. 198 lid 4 Rv), afhankelijk van de eisen die gezien het onderwerp van het deskundigenbericht aan de motivering ervan mogen worden gesteld en van de omvang van het processuele debat na deskundigenbericht, via de motiveringsplicht van de

47. Zie noot 17.

48. HR 20 december 2002 (Lightning Casino/Nederlandse Antillen), NJ 2004, 4 m.nt. JBMV, r.o. 4.4.6 onder iv.

49. Zie noot 22.

50. Art. 194 e.v. Rv zijn in onteigeningszaken niet (rechtstreeks) van toepassing (art. 32 Ow).

51. HR 29 april 2005, NJ 2005, 456 (onteygeningszaak): geen rechtsregel dwingt ertoe aan te nemen dat de rechter op oordelen van deskundigen die gegrond zijn op door hen geraadpleegde stukken slechts acht zou mogen slaan voor zover (afschriften van) die stukken bij het deskundigenrapport zijn gevoegd dan wel bij akte in het geding zijn gebracht.

52. HR 20 september 1996, NJ 1997, 328 m.nt. G.R. Rutgers, r.o. 3.2. (Halcion II).

rechter na deskundigenbericht⁵³ mijns inziens meebrengen dat de bewijskracht van onderdelen van een deskundigenbericht mede wordt bepaald door de mate waarin de deskundige door bronvermelding, literatuurverwijzingen of bijlagen laat zien waar zijn antwoorden zich bevinden op de glijdende schaal van 'intuïtief gegeven' naar 'op zijn vakgebied geobjectiveerd'. Partijen anticiperen hier wel eens op door de feitenrechter te verzoeken om de deskundige hiertoe bij voorbaat uit te nodigen in de vraagstelling.

Om aan de praktische bezwaren van een verdergaande documentatieplicht tegemoet te komen, zou een handvat kunnen zijn dat een deskundige de door hem geraadpleegde stukken waarnaar hij in het deskundigenbericht verwijst, in ieder geval niet aan partijen ter beschikking hoeft te stellen als die stukken via Picarta⁵⁴ verkrijgbaar zijn in een Nederlandse bibliotheek, of als ze bij het uitbrengen van het deskundigenbericht op internet zijn te vinden.

Verder zendt een partij in het kader van opmerkingen en verzoeken soms ongevraagd aan de deskundige stukken toe met het verzoek deze in het onderzoek te betrekken. Bij de vorige deelvraag is aan de orde gekomen dat de deskundige geen kopie aan de wederpartij hoeft te zenden, maar van hem wel wordt verlangd dat hij in ogenschouw neemt of de partij hem heeft meegedeeld dat een kopie aan de wederpartij is gezonden. Als later blijkt dat dit niet is geschied, is het aan de rechter om een verzuim te doen herstellen en zonodig een beroep op gewichtige redenen te beoordelen. Als de deskundige echter in het deskundigenbericht niet doet blijken van de ontvangst van een stuk, kan het gebeuren dat een verzuim niet bekend wordt bij de wederpartij en de rechter. Tegelijk met de Leidraad deskundigen in civiele zaken is een Model deskundigenbericht ontwikkeld, dat de deskundige erop attendeert in het rapport te vermelden welke stukken hij ten behoeve van het onderzoek heeft ontvangen.⁵⁵

Aanwezigheid van partijen

bij onderzoekshandelingen van de deskundige

Zoals hiervoor vermeld, mogen partijen aanwezig zijn bij onderzoek ter plaatse van de deskundige. Mag een partij aanwezig zijn bij andere onderzoekshandelingen van de deskundige? Hier spelen uit het oogpunt van hoor en wederhoor deels dezelfde aspecten een rol als eerder aan de orde zijn gekomen met betrekking tot de vraag of een partij kennis mag nemen van stukken die in het deskundigenonderzoek worden betrokken. Aanvullend verdient vermelding dat in het medisch deskundigenonderzoek het tot één partij beperkte aanwezigheidsrecht wettelijk is geregeld. Bij een onderzoek door een hulpverlener op wie art. 7:446 e.v. BW van toepassing zijn, is het niet aan de deskundige om te bepalen of anderen dan de te onderzoeken persoon bij het medisch onderzoek aanwezig mogen zijn. Dit komt toe aan de te onderzoeken persoon, omdat het onderzoek inbreuk maakt op de persoonlijke integriteit (art. 7:459 BW).⁵⁶ Hoofddregel is dat het onderzoek plaatsvindt buiten de waarneming van anderen dan de te onderzoeken partij, tenzij de te onderzoeken partij ermee heeft ingestemd dat de verrichtingen kunnen worden waargenomen door anderen.⁵⁷

De vraag of partijen aanwezig mogen zijn bij onderzoekshandelingen van de deskundige, omvat de kwestie of partijen (buiten het medisch onderzoek) aanwezig mogen zijn bij een bespreking van de deskundige met één van partijen en derden. Weliswaar mag de deskundige met één partij spreken,⁵⁸ maar zoals hiervoor is

besproken,⁵⁹ roept de uitspraak in de Mantovanelli/Frankrijk-zaak de vraag op of het verstandig is daarvan een gewoonte te maken. In de Leidraad deskundigen in civiele zaken is als uitgangspunt gekozen dat beide partijen bij een bespreking van de deskundige met een partij aanwezig mogen zijn, maar daarop uitzonderingen mogelijk zijn (par. 11.1 t/m 11.4).⁶⁰ Onduidelijk is in hoeverre partijen aanwezig mogen zijn bij een bespreking van de deskundige met derden, waarbij aantekening verdient dat evenmin duidelijk is in hoeverre de deskundige met derden mag spreken over kwesties die onderwerp van een getuigenverhoor door de rechter zouden kunnen zijn. In Duitsland⁶¹ en Frankrijk⁶² mag de deskundige in het algemeen wel inlichtingen inwinnen bij derden, maar hen niet als getuige horen, omdat uitsluitend de rechter bevoegd is getuigen te beëdiggen en te horen. Daarmee is weinig gezegd over de reikwijdte van de bevoegdheid van de deskundige om met derden te spreken. In het Nederlandse bestuursprocesrecht is het in medische zaken ongebruikelijk dat de deskundige zonder toestemming van de rechter met partijen spreekt anders dan met appellant in het kader van eventueel medisch onderzoek, maar zijn besprekingen met partijen en derden in deskundigenonderzoek in milieu- en ruimtelijke ordeningszaken gebruikelijk.

Een enkele keer wil een partij erbij zijn als de deskundige onderzoek doet dat niet is aan te merken als onderzoek ter plaatse of als een bespreking met een partij of met derden. Te denken valt aan literatuuronderzoek of boekenonderzoek. Hier geldt dat de

53. HR 5 december 2003, NJ 2004, 74, r.o. 3.5 en 3.6, JBP 2004, 29 m.nt. R. Schellars (Nieuw Vredenburg/NHL). De rechter kan in beginsel volstaan met de motivering dat hij zich verenigt met het standpunt van de deskundige, tenzij de onbegrijpelijkheid van het deskundigenbericht of het partijdebat tot nadere motivering aanleiding geeft. De omvang van de motiveringsplicht in een zaak is afhankelijk van de aard van het bewijsmateriaal en de aard en de mate van precisering van de daartegen door partijen aangevoerde bezwaren. Volgt de rechter de zienswijze van de door de rechter benoemde deskundige, dan is hij in het algemeen niet gehouden zijn beslissing verder te motiveren dan dat de motivering van de deskundige hem overtuigend voorkomt. Dat geldt in het bijzonder wanneer het gaat om kwesties die een bijzondere kennis, ervaring of intuïtie vergen. Wel zal de rechter in moeten gaan op specifieke bezwaren van een partij tegen de zienswijze van de door de rechter benoemde deskundige, als die bezwaren een voldoende gemotiveerde betwisting vormen van de juistheid van de zienswijze van de deskundige.
54. Zie <www.picarta.nl>. In Picarta is onder andere de Nederlandse Centrale Catalogus opgenomen.
55. Het model is te vinden op <www.rechtspraak.nl/Naar+de+rechter/Formulieren/onder Deskundigen>. Onder '3 Stukken' wordt de deskundige erop geattendeerd melding te maken van de ontvangst van eventuele 'andere stukken' dan de processtukken. Vgl. in dit verband de Engelse *Civil Procedure Rules*: 'The expert's report must state the substance of all material instructions, whether written or oral, on the basis of which the report was written' (CPR 35.10 lid 3).
56. Art. 7:459 BW is van overeenkomstige toepassing in de verhouding tussen de deskundige en de partij via art. 7:464 lid 1 BW, tenzij de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen verzet.
57. Onder 'anderen' zijn niet begrepen personen die de deskundige beroepshalve bijstaan bij het onderzoek (art. 7:459 lid 2 BW).
58. Zie noot 20.
59. Zie kopje 'Aandachtspunten uit relevante Nederlandse rechtspraak'.
60. Zie noot 17.
61. Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 1, Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr verfasst von Jan Albers und Peter Hartmann, 64e druk, München 2006, par. 404a, nr. 8; Jessnitzer, Frieling & Ulrich 2007, p. 218-219.
62. Guinchard & Ferrand 2006, p. 972.

deskundige de nodige vrijheid moet worden gelaten om het onderzoek zo in te richten als hij wenselijk vindt.⁶³ Van de partij die bij dergelijke onderzoekshandelingen aanwezig wil zijn, mag denk ik worden verlangd dat zij motiveert waarom haar waarneming van onderzoekshandelingen van de deskundige nodig is met het oog op haar mogelijkheden om effectief commentaar te leveren op het deskundigenbericht. In de Leidraad deskundigen in civiele zaken (nr. 106)⁶⁴ zijn voorbeelden genoemd van onderzoekshandelingen waarbij een partij al dan niet aanwezig mag zijn.

Tot slot

Deze bijdrage is tot stand gekomen in het kader van oriëntatie op het thema ‘disclosure’. Een beschouwing zoals deze laat zien dat vragen van ‘disclosure’ zich dwars door alle bewijsmiddelen heen kunnen voordoen. Ook komt naar voren dat de verhouding tussen informatieplicht en geheimhoudingsrecht een weinig consistent onderdeel is van het bewijsrecht. Bij de herziening van het bewijsrecht per 1 april 1988 is een belangrijke omwenteling teweeggebracht doordat bewijs sindsdien mag worden geleverd door alle middelen en de rechter vrij is in de waardering van het bewijs. Bij de herziening van het civiele procesrecht per 1 januari 2002 zijn verplichtingen van partijen gecodificeerd ten aanzien van de waarheidsvinding in de civiele procedure (art. 21, 22 en 843a Rv). Een logische volgende stap is de ontwikkeling van een samenhangende visie op de reikwijdte van informatieplicht en geheimhoudingsrecht bij het gebruik van de onderscheiden wettelijk geregelde (voorlopige) bewijsmaatregelen. Als die stap gepaard zou gaan met de ontwikkeling van een algemeen normatief kader dat richtinggevend kan zijn bij de beoordeling welke verplichtingen partijen op dit punt bij het gebruik van een bewijsmiddel of ander processueel instrument jegens elkaar hebben en welke medewerking in het civiele procesrecht van derden mag worden verlangd, zouden naar mijn inschatting veel van de besproken vragen consistentener kunnen worden benaderd dan in de rechtspraktijk nu noodgedwongen gebeurt. De betekenis van het onderwerp lijkt bovendien voor de civiele praktijk wel zo groot, dat in vervolg op de fundamentele herbezinning de verdere gedachtevorming over de reikwijdte van de verplichting van partijen en derden om mee te werken aan informatievergaring in het kader van een (eventuele) civiele procedure naar mijn mening brede aandacht verdient in wetenschap en praktijk.

*Mevrouw mr. drs. G. de Groot,
vicepresident Rechtbank Amsterdam,
lid van de Adviescommissie burgerlijk procesrecht*

63. Zie noot 22.

64. Zie noot 17.